



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2024-04-22
Meddelad i Uppsala

Mål nr
6401-23

SÖKANDE
Konkurrensverket

MOTPART
Region Uppsala

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling,
LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Region Uppsala ska betala
600 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Region Uppsala (regionen) ska betala 600 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till stöd för ansökan anförs bland annat följande.

Regionen har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 24 november 2022 ingå ett avtal avseende presentkort utan föregående annonsering. Det ingångna avtalet utgör en otillåten direktupphandling och regionen ska därför betala en upphandlingsskadeavgift.

Regionen beslutade under 2022 att ge alla anställda vid regionen ett presentkort värt 500 kronor. Regionen begärde in en offert från två leverantörer. Endast en leverantör kunde tillhandahålla presentkort enligt regionens krav. Regionen beslutade därför att acceptera leverantörens offert. Leveransen avsåg 15 850 ”SuperPresentkort” om 500 kronor per kort.

Regionen och leverantören har inte ingått något skriftligt avtal av vilket de närmare villkoren för leverantörens tillhandahållande av presentkorten framgår. Följande har dock framkommit om avtalet. Genom avtalet åtar sig leverantören att tillhandahålla presentkort till regionen och se till att respektive presentkort kan bytas mot andra presentkort eller mot fysiska produkter på leverantörens hemsida.

Regionen har ett direkt ekonomiskt intresse av att leverantören presterar i enlighet med avtalet, bland annat av att presentkorten som leverantören tillhandahåller kan bytas in mot varor och tjänster, så att de anställda får den julgåva som regionen har utlovat i egenskap av arbetsgivare. Regionen åtar sig genom avtalet att i utbyte mot leverantörens prestation utge ersättning till leverantören för presentkorten och för tjänster som hör till presentkorten,

exempelvis leverans av dessa. Genom avtalet uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidig karaktär.

Regionen har köpt en produkt i form av presentkort från leverantören och inte endast en förmedling av presentkortet. ”Superpresentkortet” är leverantörens egen produkt, och även om det kan bytas mot andra presentkort är en förutsättning för detta att det görs på leverantörens egen hemsida. Leverantören har själv beskrivit sig som en återförsäljare av presentkort och förfarandet är i det närmaste att likna vid att gå in i en affär för att köpa en produkt i affären. Vidare är köpet och det slutliga värdet av avtalet inte beroende av om presentkortet utnyttjas eller inte. Regionen har förbundit sig att betala 500 kr per presentkort till leverantören, oavsett om korten senare används för att köpa andra varor eller tjänster eller inte.

Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfördran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet. Varorna omfattas av upphandlingen och även värdet av dessa ska alltså tas med i beräkningen. Regionen har under utredningen inkommit med underlag av vilket framgår att leverantören har offererat ett pris om 8 000 000 kr inklusive mervärdesskatt. Uppskattningen av upphandlingens värde vid den relevanta tidpunkten i detta specifika fall kan göras utifrån uppgifterna i offerten. Det aktuella värdet motsvarar 7 921 600 kr exklusive mervärdesskatt. Upphandlingens värde överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som tillämpligt tröskelvärde. Upphandlingen skulle därför ha annonserats i Tenders Electronic Daily och en registrerad annonsdatabas, förutsatt att något annat undantag inte har varit tillämpligt. Regionen har inte anfört att något undantag har kunnat tillämpas för att ingå det aktuella avtalet utan föregående annonsering. Det har inte heller framkommit några omständigheter som visar att något undantag har varit tillämpligt.

Om en felaktig direktupphandling har gjorts betyder det i normala fall att det finns en stor risk för att andra potentiella leverantörer inte har fått en möjlighet att konkurrera i upphandlingen på lika villkor. Regionen har gjort ett urval bland leverantörer vid ingåendet av avtalet med leverantören, nämligen vid urvalet av leverantör av presentkort, och det kan inte med någon grad av säkerhet uteslutas att ingåendet av avtalet har påverkat konkurrensen på marknaden negativt. Det förfarande som regionen har använt sig av anses typiskt sett i sig ha skadliga effekter på konkurrensen. Vad Regionen har anfört om konkurrens-skadan i detta fall kan således inte betraktas som förmildrande omständigheter.

Upphandlingsskadeavgiften avseende avtalet kan uppgå till högst 792 160 kr (7 921 600 kr x 0,1). Det är i detta fall fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Såvitt framkommit under utredningen föreligger inte några försvårande eller förmildrande omständigheter som bör inverka på sanktionsavgiften. Mot bakgrund av det anförda utgör 600 000 kr en proportionerlig sanktion för den otillåtna direktupphandlingen.

Region Uppsala (regionen) bestrider ansökan och anser att den i första hand ska avslås, i andra hand att upphandlingsskadeavgiften inte ska uppgå till ett högre belopp än 10 000 kr och i tredje hand att upphandlingsskadeavgift inte ska uppgå till högre belopp än 484 751 kr.

Till stöd för talan anføres bland annat följande.

Regionen har genomfört en direktupphandling som har varit tillåten då dess värde understiger direktupphandlingsgränsen. Därtill är Konkurrensverkets yrkade belopp alltför högt och överskrider direktupphandlingens sanktionsvärde för det fall förvaltningsrätten mot förmodan skulle finna att den varit otillåten.

För att kunna säkerställa 2022 års julgåva till de anställda valde regionen, på grund av tidsbrist, att ingå avtal direkt med en viss leverantör. Efter att regionen tagit del av offerter från två leverantörer fann regionen att endast en leverantör med säkerhet svarade mot regionens krav. Regionen beslutade att acceptera den leverantörens offert, varefter accepten skickades efterföljande dag. Genom att regionen accepterade leverantörens offert ingicks avtal med leverantören. Till avtalet hör leverantörens skriftliga villkor, som kan hämtas från leverantörens hemsida.

Enligt offerten, som är utgångspunkt för Konkurrensverkets värdering, debiteras regionen 392 000 kr inklusive moms för fysisk leverans av presentkortet. Detta svarar mot ett kontraktsvärde på 313 600 kr exklusive moms. Enligt offerten ska regionen därutöver erlägga 7 608 000 kr avseende presentkortet. Denna transaktion ingår inte i momsunderlaget. Skillnaden mellan Konkurrensverket och regionens värderingar består i frågan om offertens kostnadspost för presentkortet avser en vara (alternativt tjänst eller byggentreprenad om Konkurrensverket gjort gällande) eller en till gåvotagaren utställd värdehandling, som inte i sig är en vara. De varor och tjänster som regionens anställda i slutänden löst in, eller kommer att lösa in, ska inte räknas in i direktupphandlingens värde. Regionen anser att kostnadsposten 392 000 kr för fysisk leverans etc. i vart fall till övervägande del utgör en tjänst med uppdraget förmedling, en så kallad förmedlingstjänst. Kostnadsposten 7 608 000 kr för presentkortet avser utbetalning till täckande av utfärdad värdehandlings nominella värde och alltså inte förvärv av vara eller tjänst. Regionens avtal med leverantören innebar alltså ett köp av en förmedlingstjänst för 313 600 kr.

Avtalet innebär att leverantören utfärdar en värdehandling till regionens anställda. Upphandlingen innehåller ett åtagande gentemot regionen rörande förmedling. Även om regionen betalat en större engångssumma till leverantören synes genom avtalet en mellanhandssituation uppkomma där leverantören

svarar för att varje anställd vid regionen kan vända sig till valfritt presentkortföretag från leverantörens nätverk för att erhålla regionens julgåva. Presentkortet utgör således en slags värdehandling, nämligen i form av ett tillgodohavande som innehas av varje gåvotagare. Presentkortet utgör inte i sig någon bestämd vara eller tjänst. För att gåvotagaren ska erhålla en konkret vara eller tjänst krävs att först presentkortet växlas in till valfritt presentkort bland de säljare som ingår i leverantörens system och att sedan slutligen detta presentkort utnyttjats hos den aktuella presentkortsutgivaren. Presentkortet innehåller endast ett meddelande om gåvotagarens rättighet och instruktion för inloggning samt är utfärdad till varje anställd. Presentkortet är ett slags betalningsmedel som de anställda erhållit i gåva från regionen genom att leverantören utfärdat presentkort såsom en värdehandling. Presentkortet är således inte mer ”present” (i meningen vara) än vad ett tillfälligt lönepåslag till de anställda på 500 kr under december 2022 skulle ha varit.

Konsumenträttsligt är ett presentkort att betrakta som en värdehandling. Presentkortet i fråga ingår inte i momsunderlaget. EU-kommissionen har inte bedömt att presentkort är en vara som ska anges i EU-kommissionens gemensamma nomenklatur för varor, tjänster och byggnadsentreprenader som upphandlas enligt LOU och övriga upphandlingsrättsliga regelverk. Att CPV-kod saknas för presentkort talar med styrka mot att EU-kommissionen avsett att presentkort i upphandlingsrättslig mening skulle kunna betraktas som en vara eller tjänst.

Om gåvotagaren inte utnyttjar presentkortet inom tre år går det inte längre att använda och leverantören kan då tillgodogöra sig hela värdet av regionens betalning för presentkortet. Det faktum att leverantörens skyldighet preskriberas efter tre år förtar inte presentkortets karaktär av att vara en värdehandling och inte en vara. När det visade sig att det återstod 170 presentkort som inte levererats önskade regionen få tillbaka ersättningen för dessa. Från leverantörens sida uppgavs det då att alla de presentkort som inte

lösts in skulle krediteras regionen. Det är alltså i princip felaktigt att hävda att regionen betalat för presentkortet oavsett om de utnyttjas eller inte.

Det är Konkurrensverket, som ansöker om upphandlingsskadeavgift, som har bevisbördan för att en otillåten direktupphandling har genomförts. Konkurrensverket har här en förstärkt bevisbörda och ska göra ”mycket sannolikt” att omständigheterna är sådana att det upphandlade avtalet skulle uppgå till det värde som påstås.

Eftersom det vid tidpunkten för ingåendet av direktupphandlingsavtalet var helt okänt att presentkortet skulle kunna betraktas som en vara och på så sätt öka kontraktsvärdet över direktupphandlingsgränsen bör upphandlingsskadeavgift i första hand efterges och i andra hand sättas ned. Enligt regionens mening bör, med hänsyn till att det i så fall är en nyhet i rättsordningen att presentkort kan anses som en vara, upphandlingsskadeavgift inte uppgå till ett högre belopp än 10 000 kr.

När det gäller de presenter, varor och tjänster, som gåvotagarna anskaffar med hjälp av presentkortet så införskaffas dem från det mycket omfattande nätverk av företag som finns tillgängliga genom leverantörens portal. Det är här de anställdas egna preferenser som konsumenter som är helt styrande för vilka presentkort som väljs ut och på vilka produkter eller tjänster dessa slutligen spenderas. Det är här svårt att över huvud taget kunna identifiera någon egentlig påverkan på konsumentmarknaden. Inte heller torde sannolikt någon särskild aktör ensam kunna erhålla något större belopp. Det är uppenbart att presentkortet inte kan leda till någon skada på konkurrensen.

Enligt LOU:s uttryckliga reglering ska inte mervärdesskatt räknas in i kontraktsvärdet. Utifrån Konkurrensverkets märkliga bedömning att presentkortet ska betraktas som en vara kommer mervärdesskatten ändå in ”bakvägen” i beräkningsbasen för upphandlingsskadeavgift. Eftersom presentkortets belopp

svarar mot vad gåvotagaren betalar såsom konsument omfattar det pris inklusive moms. Presentkort för 7 608 000 kr svarar – utifrån de vanligaste momssatserna på 20 procent och 25 procent mot varor och tjänster för 6 086 400 kr exklusive moms. Sanktionsvärdet kan under inga omständigheter vara större än om regionen direktupphandlat presenter från ett utvalt företag till det senare beloppet. En högsta nivå på upphandlingsskadeavgift borde därför, om förvaltningsrätten mot förmodan skulle finna att det inte föreligger några förmildrande omständigheter, som högst uppgå till 484 751 kr¹.

I lagens förarbeten anges uttryckligen att det föreligger förmildrande omständigheter om det i rättspraxis är oklart huruvida viss vara eller tjänst ska upphandlas. Skulle förvaltningsrätten mot förmodan finna att presentkortet är en vara är det uppenbart att förarbetsuttalandet är tillämpligt. Upphandlings-skadeavgiften bör i så fall kraftigt sättas ned i förhållande till Konkurrensverkets yrkande. Regionen anser även det bör beaktas att gåvotagarnas inköp sker från ett så omfattande nätverk att någon skada på konkurrensen inte kan komma i fråga på konsumentmarknaden. Slutligen bör även beaktas att presentkortets belopp är avsett att täcka kostnader för mervärdesskatt vilket i den delen är orimligt att lägga till grund för upphandlingsskadeavgift. Med hänsyn till de förmildrande omständigheterna anser regionen att i det fall upphandlingsskadeavgift skulle utgå bör den begränsas till lägsta belopp, 10 000 kr.

¹ Enligt Konkurrensverkets beräkning ska upphandlingens aktuella värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till 7 921 000 kr. (Då superpresentkortet inte ingår i momsunderlaget och en momssats på 25/20 procent utgår för själva leveransen blir värdet 8 000 000 kr [offert] – 392 000 kr [fysisk leverans enligt offert] x 20 % [momssats] = 7 921 600 kr.) Hade regionen direktupphandlat fysiska varor från en leverantör hade det aktuella värdet uppgått till 6 400 000 kr (dvs. 8 000 000 kr – 8 000 000 kr x 20 procent). Enligt regionens mening borde en skälig upphandlingsskadeavgift om det inte förelegat några förmildrande omständigheter uppgå till 484 751 kr (600 000 kr [Konkurrensverkets yrkade avgift] * 6 400 000 kr / 7 921 600 kr).

Konkurrensverket vidhåller ansökan och tillägger följande.

Upphandlingen har inte endast avsett förmedling av presentkort utan även själva presentkortet till ett värde av 500 kr per kort. Upphandlingens värde ska beräknas på hela den avtalade ersättningen till leverantören.

Upphandlingen i sig avser inte de produkter som i slutändan inhandlas med presentkortet. Konkurrensverket menar att upphandlingen avser just själva presentkortet och de tjänster från leverantören som är förknippade med distributionen och inlösen av dessa. Presentkortet i sig är den present som regionen gav till sina anställda. De varor som de anställda i slutändan har valt att lösa in presentkortet mot är inte den julklapp som de fick av regionen, utan julklappen är själva presentkortet.

Bedömningen av presentkort i annan lagstiftning har ingen bäring på den upphandlingsrättsliga bedömningen.

Det framgår av regionens egna uppgifter under utredningen att leverantören inte är skyldig att återbetala pengar för ej inlösta presentkort. Detta har inget att göra med att leverantören inte har fakturerat för presentkort som inte har kunnat levereras. Det intressanta är om det har funnits en skyldighet för leverantören att återbetala pengar för levererade presentkort som inte har utnyttjats. Om någon sådan skyldighet inte har funnits talar det med styrka för att det som har upphandlats inte endast utgörs av en förmedlingstjänst utan även av presentkortet som sådana. Regionen har bifogat en e-postkonversation som är något svårtolkad, då den ursprungligen rör just presentkort som inte har kunnat levereras, men som synes innebära att leverantören uttrycker att den kommer att kreditera även sådana oinlösta presentkort som har levererats. Det står givetvis en leverantör fritt att av olika affärsmässiga skäl själv välja att avstå från en betalning, men det är just ett val som leverantören har haft och

inte en skyldighet. Det val som leverantören kan ha gjort förtar inte att avtalets innehåll omfattade ett köp och inte endast en förmedling av presentkortet.

När det gäller värdet av upphandlingen kan läggas till att regionen enligt offerten inte skulle betala mervärdesskatt för presentkortet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter

Den 1 januari 2024 infördes nya regler för en effektivare upphandlingstillsyn i kraft, vilket bland annat innebär att Konkurrensverket får fatta beslut om upphandlingsskadeavgift som första instans, det vill säga utan ett ansökningsförfarande till allmän förvaltningsdomstol. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. I förevarande mål ska därmed de äldre bestämmelserna tillämpas.

En allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt bland annat 10 kap. 1 § LOU (21 kap. 1 § tredje punkten LOU, i för målet tillämplig lydelse).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LOU, för målet tillämplig lydelse).

Vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU, för målet tillämplig lydelse).

Bevisbörda och beviskrav

Partena har under skriftväxlingen i målet tagit upp frågor om bevisbörda och beviskrav i mål om upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten gör, mot bakgrund av det Kammarrätten i Stockholm uttalat i dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304-20, följande bedömning i denna del.

Utgångspunkten är att det är Konkurrensverket som har bevisbördan för de omständigheter som läggs till grund för att påföra en upphandlingsskadeavgift. När det är fråga om en sanktionsavgift är beviskravet högre än vad som i allmänhet gäller inom förvaltningsprocessen och Konkurrensverket ska därför göra mycket sannolikt att upphandlingen uppgår till det värde som verket påstår. Däremot kan en upphandlande myndighet som i ett mål om upphandlingsskadeavgift invänder mot Konkurrensverkets uppgifter genom att hävda att ett visst undantag från annonseringsskyldigheten är tillämpligt, inte förhålla sig passiv till ansökan utan måste presentera omständigheter som ger stöd för ett sådant påstående. Det kan sedan, beroende på tyngden i den upphandlande myndighetens invändning, bli aktuellt för Konkurrensverket att motbevisa en sådan invändning.

Har regionen genomfört en otillåten direktupphandling?

Regionen har upphandlat presentkort i julgåva till regionens anställda. Varje presentkort är värt 500 kr. På grund av tidsbrist ingick regionen avtal direkt med en leverantör. Avtalet innebar att leverantören skulle leverera 15 850 presentkort till en total kostnad om 8 000 000 kr. Av den totala kostnaden avsåg 392 000 kr inklusive moms ”fysisk leverans” av presentkorterna. I målet är parterna överens om att summan för den fysiska leveransen, det vill säga 313 600 kr exklusive moms, ska tas med när upphandlingens värde beräknas. Parterna är däremot inte överens gällande om kostnadsposten om 7 608 000 kr

(0 procent moms), som avser presentkortet, ska tas med eller inte när upphandlingens värde beräknas. Konkurrensverket är av uppfattningen att presentkortet är varor och att värdet därför ska tas med och regionen är av uppfattningen att presentkortet är värdehandlingar och att värdet därmed inte ska tas med. Förvaltningsrätten anser att Konkurrensverket på ett övertygande sätt har argumenterat för varför presentkortet som sådana ska anses vara en vara och inte en värdehandling. I målet har det inte framkommit annat än att regionen ska betala hela ersättningen om 8 000 000 kr för presentkortet till leverantören. Mot bakgrund av de argument som Konkurrensverket har framfört anser förvaltningsrätten att upphandlingen inte endast har avsett en förmedling av presentkortet utan även varor i form av presentkort. Genom att regionen har förvärvat 15 850 presentkort från leverantören har regionen fått äganderätt till 15 850 varor i form av presentkort och till presentkortens värde. Att det i slutändan inte är regionen, utan regionens anställda, som kommer att tillgodogöra sig presentkortens värde saknar betydelse för frågan huruvida presentkortet är att betrakta som varor. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att värdet av presentkortet ska ingå i beräkningen för värdet av upphandlingen. Upphandlingens värde överstiger därmed direktupphandlingsgränsen om 700 000 kr. Mot bakgrund av ovanstående samt då det i målet inte framkommit att det funnits något tillämpligt undantag för att frångå annonseringsskyldigheten gör förvaltningsrätten bedömningen att regionen har genomfört en otillåten direktupphandling. Förutsättningarna för att besluta om en upphandlingsskadeavgift är därmed uppfyllda.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Konkurrensverket yrkar att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till 600 000 kronor.

Med hänsyn till att det rör sig om en otillåten direktupphandling anser förvaltningsrätten att överträdelsen inte kan anses som ringa. Enligt förvaltningsrättens mening finns det därför inte skäl att sätta ned avgiften till noll med hänsyn till att det har varit fråga om en ringa förseelse. Några synnerliga skäl för att efterge avgiften har inte gjorts gällande och har inte heller i övrigt kommit fram. Upphandlingsavgiftens storlek ska därmed uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Konkurrensverket anser att värdet av upphandlingen uppgår till 7 921 600 kr exklusive mervärdesskatt. Regionen anser att sanktionsvärde inte kan vara större än om regionen skulle ha direktupphandlat presenter från ett utvalt företag och menar därför att moms utifrån den vanligaste momssatsen om 20 procent/25 procent för varor och tjänster ska dras av. Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas och värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt (5 kap. 3 § LOU). Enligt offerten skulle regionen inte betala mervärdesskatt för presentkortet. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att värdet av upphandlingen uppgår till 7 921 600 kr exklusive mervärdesskatt. Upphandlingsskadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom intervallet 10 000 kr–792 160 kr ($7\,921\,600 \times 0,1$).

I förarbetena till LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 och 369 f.) framgår bland annat följande om fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Domstolen har ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till.

Otillåten direktupphandling anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall

sätts högt. Förvaltningsrätten anser att det inte har kommit fram att det finns några försvårande eller förmildrande omständigheter. Rättsläget kan inte heller anses vara sådant att det ska påverka avgiftens storlek.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att det av Konkurrensverket yrkade beloppet framstår som väl avvägt i förhållande till den konstaterade överträdelsen och vad som i övrigt framkommit i målet. Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-03)

Karin Åsberg
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Lisa Jerner.